

## Видове паралелно поведение, съгласно практиката на Комисията за защита на конкуренцията.

Боряна Джумалийски

*Types of parallel behavior following the practice of the Commission for protection of competition: The provision of Article 15(1) of the LPC contains a general prohibition of all types of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings, as well as concerted practices of two or more undertakings having as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition on the relevant market.*

**Key words:** *parallelism, decisions, concerted practices, restriction of competition,*

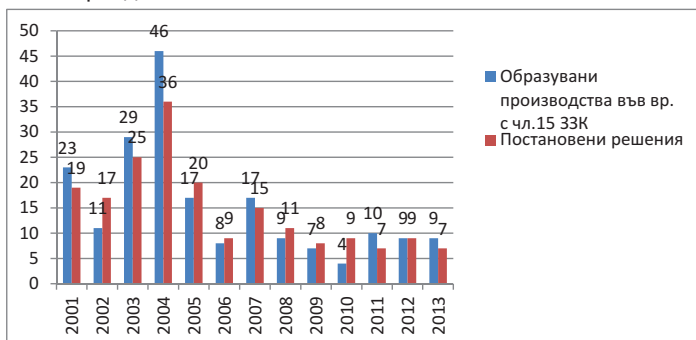
### ВЪВЕДЕНИЕ

Нормата на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК съдържа обща забрана за всякакъв вид споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия, както и съгласувани практики на две или повече предприятия, които имат за цел или резултат претовтрятване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар.

„Аналогично на чл. 101, ал. 1 ДФЕС /стар: чл. 81, ал. 1 от ДЕО/, в общата забрана по чл. 15, ал. 1 от ЗЗК са посочени неизчерпателно някои от най-типичните прояви форми на забранено поведение: пряко или косвено определяне на цени или други търговски условия; разпределяне на пазари или източници на снабдяване; ограничаване или контролиране на производството, търговията, техническото развитие или инвестициите; прилагане на различни условия за един и същ вид договори по отношение на определени партньори, при което те се поставят в неравноправно положение като конкуренти; поставяне на сключването на договори в зависимост от поемането от другата страна на допълнителни задължения или от сключването на допълнителни договори, които по своя характер или съгласно обичайната търговска практика не са свързани с предмета на основния договор или с неговото изпълнение.“ [1]

За периода 2001 – 2013г КЗК годишно разглежда различен брой производства и постановява решения, имащи за предмет установяването или липсата на нарушение по чл. 15 от ЗЗК. /вж. Табл. 1/ От данните е видно, че през 2004г Комисията е разгледала най-много дела, имащи отношение към тази разпоредба, а след 2008г, те не надвишават 10 на година.

Табл.1 Образувани производства и постановени решения, които имат за предмет установяване наличието или липсата на нарушение по чл. 15 от ЗЗК/стар- чл. 9 от ЗЗК/ за периода 2001-2013г.



## ИЗЛОЖЕНИЕ

Първоизточник на разпоредбата на чл. 15 от ЗЗК е чл. 85/ чл. 81 – Дог. от Амстердам в сила от 01, 05, 1999г./ от Договора на Европейската общност /ДЕО/, въз основа на чийто критерии по силата на чл. 64 от Европейското споразумение са асоцииране /ЕСА/ между РБ и ЕО, всички действия, които противоречат на този текст, следва да бъдат санкционирани.

В Закона за защита на конкуренцията няма легално определение на понятието „споразумение“, а „съгласувана практика“ според т.14 на §1 от Допълнителните разпоредби на закона, са координирани действия или бездействия на две или повече предприятия.

Като свързващо звено, законът формулира целта, за постигането на която, предприятията обединяват действията си в една от проявите им форми.

Съдът на ЕО също подчертава, че целта на чл. 81 ДЕО е да обхване формата на координация между предприятията, които чрез действията си умишлено заместват рисковете на конкуренцията с практическо сътрудничество.

Това, което обединява отделните видове на съгласуваност, е наличието на насрещни съвпадащи волеизявления, а което съществено ги разграничава, е степента на обвързаност на участниците, проявите форми, на която са насрещност и взаимност.

В Решение №220/01.03.2012г. е записано, че практиката на КЗК, ЕК и СЕО приема, че „споразумение“ по смисъла на забраната съществува, когато предприятията са демонстрирали общо намерение да имат определено поведение на пазара. За да попадне в приложното поле на конкурентното право, споразумението по смисъла на чл. 15, ал. 1, ЗЗК не е необходимо да бъде изразено в определена форма. То може да бъде устно или писмено, подписано или неподписано, и дори под формата на неформални джентълменски договори, които нямат обвързваща сила. За да има нарушение не е необходимо страните да са достигнали до приемането на окончателен план или модел на поведение. Забраненото споразумение е преди всичко съвпадение на намеренията за постигане на определена антиконкурентна цел или резултат.”

Понятието „съгласувана практика“ е легално дефинирано в ДР на ЗЗК като координирани действия или бездействия на две или повече предприятия, а в практиката си СЕО посочва, че тя представлява форма на координация между предприятията, които без да са постигнали споразумение помежду си, съзнателно заместват рисковете на конкуренцията с практическо сътрудничество между тях. В случай, когато въпреки съществуването на паралелно поведение между участниците на даден пазар не са установени данни за осъществени форми на контакт или връзки между конкурентите, съгласувана практика може да бъде установена от КЗК, когато съществуването на такава е единственото възможно обяснение за едновременните пазарни реакции на предприятията. Следователно при установяването на антиконкурентни практики, било то споразумение и/или съгласувана практика, съставът на нарушението може да бъде логически изведен от определени съвпадения и улики, които при липсата на друго смислено обяснение, взети заедно са доказателство за нарушаване на правилата на конкуренцията. Двете форми на забранено поведение са алтернативно посочени в закона. Това разграничение съществува с цел забраната да обхване всички форми на взаимодействие между предприятия, чрез които без да се е достигнало до сключването на споразумение във формалния смисъл, участниците съзнателно се стремят да подменят конкурентното начало в стопанската дейност с взаимна координация и съгласуваност. Доколкото някои от съществените им характеристики съвпадат, е възможно едно и също поведение на пазара да има характеристики едновременно на повече от една от тези форми. Затова забраната обхваща различни типове поведение с цел да санкционира всички прояви на забранено поведение, а не за да бъде дефинирана точно и категорично всяка форма на заб-

ранено поведение или защото различните форми на нарушение са взаимно изключващи се. Обективно действията по координация водят до условия на конкуренция, които не отговарят на нормалните условия на пазара, имайки предвид породата на продукта, значението и броя на предприятията, както и обхвата и същността на опеределения пазар. Такова практическо коопериране се равнява на съгласувана практика, особено ако дава възможност лицата, до които се отнася, да укрепят установените позиции във вреда на ефективното свободно движение на стоки и услуги и на свободата на потребителите да изберат доставчика си.

Установяване наличието на споразумение или съгласувана практика между предприятията и определянето на правната им същност е първият съществен елемент от фактическия състав на правилото.

Определящо значение за приложението на забраната има степента на значимост на въздействието, което забранените практики оказват или биха могли да окажат върху конкуренцията на съответния пазар – или така наречената значимост на ефекта. [3]

### **1. Забранени споразумения**

Наличието на перфектен ценови паралелизъм сам по себе си не може да е доказателство за осъществено нарушение на чл. 9, ал. 1, т.1 33К /нов – чл. 15 33К/. Правоприлагащият орган в този случай следва да проучи дали подобна ценова динамика не е обусловена от условията на пазара, както и да докаже съгласуването на волите на стопанските оператори, когато повишаването на цената на услугата е в резултат на обективни икономически фактори и не е налице споразумение между операторите на съответния пазар. [4]

Понятието споразумение обхваща разнообразни форми на регламентиране на търговските отношения. Приема се, че е налице споразумение, ако страните постигнат съгласие, с което ограничават или могат да ограничат свободата си да определят независимо своето поведение на пазара. Тук попадат всякакъв вид договори – двустранни и многостранни, в писмена или устна форма, рамкови и предварителни съглашения и др. От значение е същността, а не формата на споразумението.

Понятието обхваща и споразумения, които по принцип не са обвързващи за страните. Това са уговорки от типа „джентълменски споразумения“. Според практиката на Съда на ЕО „за да има ограничаване на конкуренцията, не е необходимо споразумението да е правнозадължително за страните“. Едно споразумение е налице, ако страните постигнат план, който цели да ограничи тяхната търговска свобода, като определи линията на съвместните им действия или въздържанието им от действия на пазара. Не се изисква да има договор, нито е необходимо споразумението да е сключено в определена писмена форма.

Адресати на забраната по чл. 9 33К/нов – чл. 15 33К/ са „предприятия“. В съответствие с §1, т.1 от Допълнителната разпоредба на Закона „предприятие“ е всяко физическо, юридическо или гражданско дружество, което извършва стопанска дейност на съответния пазар.

Практиката на КЗК по чл. 9/нов – чл. 15 33К/ е показала, че предвид незаконността на такива споразумения, страните по тях много рядко ги формализират. Това обаче не променя тяхното въздействие върху пазара. Поради това КЗК смята, че от момента, в който са налице сериозни доказателства за наличието на каквато и да е антиконкурентна форма на координация между предприятия, конкретното ѝ определяне като „споразумение“ или „съгласувана практика“ не е от съществено значение.

Наличието на перфектен ценови паралелизъм често пъти е много сериозен показател за съществуването на ценова координация. Този факт обаче сам по себе си не може да е доказателство за наличие на състав по чл. 9, ал. 1, т.1 33К/нов – чл. 15 33К/. Необходимо е също така да бъде доказано и съгласуването на волите на стопанските оператори посредством документи или срещи помежду им. [5]

В случай, че споразумението между предприятията няма за цел да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията на съответния релевантен пазар и при него се запазват общите интереси и пазарната свобода при осъществяване на стопанската дейност в зависимост от корпоративния им интерес, не е налице споразумение по смисъла на чл. 15 ЗЗК и за страните не възниква задължение за предварително нотифициране пред комисията по чл. 11 ЗЗК. [6]

Разпоредбата на чл. 15 ЗЗК въвежда генерална забрана за всякакъв вид споразумения между предприятия, решения на свързани или обединили се предприятия, както и съгласувана практика на две или повече предприятия, които имат за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. Тя обхваща както хоризонтални /между конкурентни предприятия/, така и вертикални /между предприятия, опериращи на различни пазарни нива/ споразумения.

В практиката по прилагането на правото на конкуренция, както отбелязва Комисията в свое Решение №1261/25.09.2013г., под забранено „споразумение между предприятия“ по смисъла на чл. 15, ал. 1 от ЗЗК се приема, че “споразумение между предприятия” съществува, когато предприятията изразяват общо намерение да имат определено поведение на пазара. За да е налице споразумение, трябва да е постигнато съвпадение на волеизявленията на най-малко две предприятия. Споразумението може да има всякаква форма или наименование, като от значение е единствено неговата същност. В приложното поле на общата забрана попадат всякакви форми на регламентиране на стопански отношения между независими предприятия, посредством които се постига съгласие, с което те ограничават или могат да ограничат свободата си да определят самостоятелно и независимо поведението си на пазара. Това могат да бъдат както формални или неформални споразумения, така и предварителни или рамкови уговорки. Забраненото споразумение между предприятия може да бъде писмено или устно, подписано или дори неподписано; може да бъде наименувано или ненаименувано, както и да бъде обективизирано в документ, който носи друго наименование. Споразумение между предприятия по смисъла на ЗЗК може да се откроява и конклюдентно само в дейността на стопанските субекти като тяхна конкретна линия на поведение на пазара. В практиката си КЗК, ЕК и СЕС посочват, че установяването на антиконкурентна цел на определено споразумение се отнася не до субективното намерение на страните, а до създаването на обективна възможност в конкретния икономически контекст, в който споразумението ще действа, то да доведе до нарушаване на конкуренцията на съответния пазар. В този смисъл понятието „цел“ отразява обективното естество на съответното споразумение, решение или съгласувана практика да окаже влияние върху конкурентната среда. Според практиката по прилагане на националното и европейското право на конкуренцията, определянето на дадено споразумение между предприятия като ограничение на конкуренцията по цел изключва необходимостта от анализиране на неговия конкретен, реален или потенциален, резултат на пазара. С други думи, наличието на антиконкурентната цел е достатъчно за доказване на извършено нарушение на общата забрана, без да е нужно доказване и на антиконкурентен резултат.

За установяването на наличие на забранено действие, е необходимо да се изследват всички отделни елементи на фактическия състав на чл. чл. 15 ЗЗК.

Съгласно разпоредбата на §1, т.1 от Допълнителната разпоредба на ЗЗК, „предприятие“ е всяко физическо, юридическо лице или гражданско дружество, което извършва стопанска дейност на съответния пазар независимо от правната и организационната си форма.

Понятието „споразумение“ по смисъла на чл. 81 от Римския договор се тълкува широко от Европейската комисия и Съда на справедливостта. Прието е, че споразумение е налице винаги, когато две или повече предприятия постигнат консенсус помежду си или чрез трета страна. Така например споразумението може да се отнася

до възприемане на определен модел на пазарно поведение, което взаимно ограничава търговската им свобода чрез предприемане на действия или въздържане от такива. Всяко разбирателство между конкуренти за регулиране в бъдеще на поведението им е достатъчно, за да се оцени /в зависимост от последиците, разбира се/ като забранено ограничение спрямо тяхната автономия и независимост.

Основната идея на забраната, както в европейското, така и в българското законодателство, е да забрани всяко коопериране между независими предприятия, което да води до предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията. Забраната се прилага към всички видове споразумения – писмени или устни. Прецизното дефиниране на понятието „споразумение“ и колебанията, които могат да възникнат в тази насока, не са от особена важност, като се има предвид генералната концепция по отношение на съгласуваните практики, която е много широка и се прилага спрямо всякакъв вид разбирателство между отделни предприятия. Често Европейската комисия се задоволява с това, да установи наличието на коопериране между предприятията, съставляващо споразумение или най-малкото „съгласувана практика“, без категорично да определя конкретната форма на съвместните действия. Една от отликите, макар и условна в известен смисъл, е тази, че при съгласувани практики са характерни конспиративни, тайни действия, докато при споразуменията, поведението на участниците е по-явно. Формалните договори естествено се квалифицират като споразумения. В някои случаи условията по стандартни договори също могат да се приемат за споразумение. [7]

## **2. Съгласувана практика**

„Още по-широко е тълкуването на понятието „съгласувана практика“. Според европейската доктрина всяко поведение, което произтича от съгласуване на воли между страните и рефлектира върху политиката на разпределение на пазара, може да се разглежда като съгласувана практика.“ /вж Решение №92/20.06.2002г./

Съгласувана практика по смисъла на чл. 15 ЗЗК е налице, когато конкурентите на съответния пазар осъществяват координация на действията си /паралелизъм/ и когато тази координация не е насочена към премахване на всякаква „несигурност“ или „опасност“ от понижаване на цени в резултат на бъдещи действия на конкуренти /антиконкурентен ефект/.

Среща се при някои договори за дистрибуторство с общи условия. Те по същество са вертикални споразумения, които нарушават конкуренцията в случаите, когато с тях пряко или косвено се определят цени, забранява се продажбата на аналогични продукти на други лица, разпределят се пазари или се налагат други условия, с които се нарушава принципът за доброволно и свободно договаряне. [8]

Дистрибуторският договор е вертикално споразумение, което в много случаи има ограничителен за конкуренцията ефект. На особен сериозен контрол подлежат договорите за дистрибуторство, свързани с предоставянето на изключителни права за продажба и за покупка, тъй като обикновено те съдържат ограничителни клаузи. (вж *Решение №126/17.11.1998г., Шесто годишно издание Комисия за защита на конкуренцията, Сф 1998г. стр.192*).

Вертикалното споразумение може да ограничи конкуренцията на съответния пазар, ако е налице господстващо положение на един от участниците на различните нива от пазара или се установи наличие на групови споразумения между предприятията, въз основа на което се стига до колективно пазарно надмощие.

Договорни условия свързани с вертикални споразумения биха могли да представляват злоупотреба, ако са наложени от предприятие с господстващо положение и имат значителен ефект върху конкуренцията на съответното ниво на пазара. [9]

## **2.1. Ценовият паралелизъм като форма на съгласувана практика**

Свободното договаряне на цените е най-важната форма на конкуренция, която ги придържа към най-ниски нива и стимулира производството на стоки. В свое решение №15/02.02.1999г., Комисията определя, че Поведението на независимите

предприятия, насочени към едновременното и еднаквото повишаване на цената на обикновения/сив/ цимент за относително продължителен период от време /м.януари 98г.-м.август 98г./ може да се определи като „съгласувана практика“ по смъсла на §1, т.4 от „Допълнителнителната разпоредба „ на ЗЗК. „Съгласуваната практика“ представлява координирани действия или бездействия на две или повече предприятия, чрез които може да се предотврати, ограничи или наруши конкурентната среда. [9]

Според практиката на СЕС, възприета от националните органи по конкуренция, в това число и КЗК, сред споразуменията, които по своето естество имат за цел предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията, са и тези, които имат като предмет определянето на цени. При вертикалните споразумения определянето на цени за препродажба може да се извършва чрез съгласие на страните за фиксиране на предпродажни цени, на които дистрибуторът да предлага определени стоки или услуги на пазара. Освен това, определянето на цени за препродажба може да се постигне и чрез непреки средства, чрез фиксиране на търговска надценка от определената стойност на продукта или определяне на търговска отстъпка от предварително определена цена, които дистрибуторът е длъжен да съблюдава. Ефективността на този механизъм за определяне на цени за препродажба може да бъде скрепен и с предвиждането на система за мониторинг относно изпълнението на задълженията за дистрибутора, както и предвиждането на санкции под различни форми, които да гарантират, че продуктите ще бъдат реализирани на пазара по предвидения начин. (вж *Решение № 1261/25.09.2013г.*)

В практиката по прилагане на правото на конкуренция са установени множество проявни форми на споразумения, които имат за предмет прякото или косвено определяне на цени и които водят до нарушение на цитираната разпоредба. Такива са: фиксирането на цени или на различни ценови компоненти, размяната на информация относно същите, установяване на ценови равнища, съвместно увеличение на цени и др. Определянето на цени включва не само определянето на задължителни такива, но също и определянето на ориентиловъчни, препоръчителни, примерни, целеви цени и т.н. Дори единствено обмяната на ценова информация, която разкрива данни за провежданата или намерение за провеждане на определена ценова политика, е достатъчен показател за съществуването на антиконкурентна цел в отношенията между конкурентите. (вж *Решение № 220/ 01.03.2012 г.*)

В българската и Европейската доктрина и практика по прилагане на чл. 15 от ЗЗК/респективно чл. 102 ДЕО, различните по своята форма поведения /произтичащи от споразумения, решениия и съгласувана практика/, насочени или водещи до сходни антиконкурентни последици се третираат еднакво. Съдът на ЕО в Люксембург неколкократно в свои решения /напр. дело ICI с/у ЕС 1972г.; Suikers Unie&ORS v/s ЕС 1975г./ е възприел условен критерий за разграничаване между решение /при наличие на писмена уговорка между предприятията/ и „съгласувана пактика“ /при липса на писмена форма на съгласуване/.

За да е налице съгласувана практика е необходимо:

а/ да има координация /директна или недиректна между конкуренти на съответния пазар/т.нар. паралелизъм/

б/целта, към която се стремят участниците да е насочена към премахване на всякаква „несигурност“ или „опасност“ от понижаване на цени в резултат на бъдещи действия на конкурентите - т.нар. „антиконкурентен ефект“.

Сериозно доказателство за наличието на „паралелно“ поведение/паралелизъм/, чрез което се изкривява конкурентната среда посредством хоризонтално определяне /фиксиране/ на цени, е нетипично пазарно поведение на участващите в съгласуваната практика предприятия конкретните икономически условия. Обстойният и детайлен анализ на условията на пазара сочи за съществени различия в условията за производство като:

а/ различни технологии на производство

б/ различен относителен дял на горивата, електроенергията и основните суровини за производство

в/ различна степен на прилагане на нови технологии наличие на задължение към доставчици.

Всички тези основни компоненти, образуващи себестойността на продукта, би трябвало да оформят различни продажни цени за всяко отделно дружество. При това, различните задължения на дружествата към доставчици, а също така и по изпълнение на приватизационни клаузи в договори предполага динамика и различие в периодите и датите на определяне на потребителските цени. [9]

Определянето на квоти е класическа форма на разпределение на пазарите, тъй като участниците фиксират на определено ниво пазарните си дялове.

В резултат на комплексното нарушение, включващо споразумение и съгласуване на практика, на пазара се създава ситуация, при която е нарушена конкуренцията, както между производителите, така и между търговците, постигнато е равновесие в нивото на цените и количествата, което не би могло да съществува при нормална конкурентна среда. Основание за наличие на такова споразумение и съгласувана практика, КЗК черпи преди всичко от поведението на основаните участници.

### **3. Картел**

Съгласно легалната дефиниция на понятието „картел“, той е определен като споразумение и/или съгласувана практика между две или повече предприятия – конкуренти на съответния пазар, насочени към ограничаване на конкуренцията чрез определяне на цени или ценови условия за покупка или продажба, разпределяне на квоти за производство или продажби или разпределяне на пазари, включително при манипулиране на публични търгове или конкурси, или процедури за възлагане на обществени поръчки. Споразуменията и съгласуваните практики между предприятия са правни форми на забранено поведение съгласно чл. 15, ал. 1 от ЗЗК, поради което тържните манипулации на обществени поръчки представляват нарушение на общата забрана като вид картел.

Този вид споразумения или съгласувани практики водят до подмяна на модела на ефективната конкуренция с координирано и/или съгласувано поведение на участниците на пазара, чиято възможност и стимул да оказват реален конкурентен натиск помежду си е премахната или отслабена вследствие на действието на споразумението или съгласуваната практика. Като резултат се увеличават нивото на предвидимост и се намалява нивото на несигурност по отношение на функционирането на пазара, като се улеснява създаването на пазарни стратегии, изградени на солидарен принцип и взаимно сътрудничество, които водят до деформации в конкурентната среда и по-конкретно до непазарни подходи в поведението на предприятията. (вж *Решение №220/01.03.2012г., стр.50*)

### **ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Тъй като цитираните разпоредби забраняват съгласувани действия, чиито цел или резултат е предотвратяване на конкуренцията, „целта или резултатът“ следва да се оценяват в цялостния икономически контекст и конкретно в светлината на дефинирания релевантен пазар и неговата специфична структура. Писмените споразумения и решения се изследват не само по отношение на клаузите, които съдържат, а и с оглед на ситуацията, в която са сключени. Ако целта, насочена към предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията е очевидна, то тогава споразумението само по себе си или най-малкото отделни негови клаузи ще бъдат забранени. В тези случаи не е необходимо да се изследва резултатът. Целта трябва да е ясна, но не е задължително да е постигната. От друга страна, дори и да не проследва антиконкурентни цели, дадено споразумение, решение или съгласувана практика могат да попаднат в хипотезата на чл. 9 от ЗЗК/нов- чл. 15ЗЗК/, ако има

такъв резултат. Необходимо е да се установи пряката връзка между настъпилите резултат и споразумението, решението или съгласуваната практика. Релевантни са само тези последици от съгласуваното действие, които са присъщи и очевидни и са довели до предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията. За да се даде отговор на въпроса, свързан с целта на споразумението и евентуалните резултати, до които ще доведе, е необходимо да се анализират по-обстойно причините, довели до сключването му и характера му като цяло. (вж *Решение №75/21.05.2002г.*, *Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф 2003г.*, стр.370-371)

#### ЛИТЕРАТУРА

- [1] Годишен доклад на КЗК 2009г., стр.13
- [2] Решение №220/01.03.2012г.
- [3] Решение №81/30.05.2002г, Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф2003, стр.312-314
- [4] Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф2003, стр.257
- [5] Решение № 43/28.03.2002г., Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф2003, стр.267-стр.269
- [6] Решение №92/20.06.2002г., Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф2003, стр.272
- [7] Решение №92/20.06.2002г., Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф2003, стр.285-286
- [8] Шесто годишно издание Комисия за защита на конкуренцията, Сф 1998г. стр.186-187
- [9] Комисия за защита на конкуренцията 2002, Сф 2003г. стр.294
- [10] Решение №15/02.02.1999г., Шесто годишно издание Комисия за защита на конкуренцията, Сф 1998г., стр.180
- [11] Sigrid Stroux, US and EC Oligopoly control
- [12] <http://www.cpc>

#### За контакти:

Докторант Боряна Джумалийски, Катедра "Икономика", Русенски университет "Ангел Кънчев", e-mail: [bdzhumaliyski@uni-ruse.bg](mailto:bdzhumaliyski@uni-ruse.bg)